

Nulidad. Viabilidad de su declaración por las partes en sede notarial* **

Gastón R. di Castelnuovo

El caso

Lo expondremos brevemente sin citar fecha, número de escritura ni -mucho menos y al modo usado- iniciales de las partes intervinientes y del notario autorizante de tan curioso documento, fulminado -más de cien años ha- por la sanción legal más típica del derecho civil, esa que priva de sus efectos normales o propios a un acto jurídico en virtud de una causa originaria, existente en el momento en el que ve la luz: la nulidad.

La razón, si así se me permite proceder, resultará obvia: podría ocurrir que alguno de nuestros fieles lectores dedujera las identidades de los involucrados, incluido la del notario, y no sin picardía *dilatara las mejillas, diera convexidad al surco nasolabial y elevara las comisuras de la boca*¹; en suma: que se riera, al ver cómo se le ha escapado la presa a tan astuto y prestigioso notario cazador. Para peor, podría también no faltar algún otro que, además, se burlara. Ustedes saben, de todos los especímenes se encuentran individuos en la viña del Señor.

Digamos también que resultará provechoso volver sobre esta situación, pues para nuestra sorpresa la patología que a simple vista exhibe se repite con bastante frecuencia, y han sido muchos los colegas que nos han plan-

* Presentamos este estudio tal como fue originalmente redactado, es decir a modo de contestación de una consulta enviada por un colega a la Asesoría Notarial Personalizada, pues si bien veníamos trabajando en él desde antes a solicitud del señor Secretario de Gobierno del Colegio de Escribanos, Notario Miles Christi Pelly, la consulta incitó su concreción.

**Facsímil del artículo publicado en *Revista Notarial* N° 948, p. 309.

Doctrina

teado casos similares al que aquí trataremos en búsqueda de una **solución eficaz y, en lo posible, rápida, la que no puede ser sino también económica y simple.**

Así sucedieron las cosas:

Cónyuges titulares de dominio de un inmueble ganancial decidieron disponer de él gratuitamente a favor de la madre de uno de ellos, quien aceptó prontamente la donación. La escritura correspondiente fue prolijamente inscripta por el Registro de la Propiedad de esta provincia.

Al pretender la donataria disponer a su vez del bien, luego de haber celebrado un boleto de compraventa, el notario interviniente en esta nueva operación advirtió la nulidad, la que no es otra que la establecida en el art. 1807, inc. 1º, de nuestro Código Civil.

Debemos decir que nuestra experiencia notarial previa² y especialmente la que estos años de Asesoría Notarial Personalizada nos han dado, nos muestra acabadamente que prácticamente todos los colegas tienen en cuenta la primera parte de dicho inciso que luego de la frase inicial "**No**

¹ Pido disculpas al amigo lector si esta nota -un tanto extensa- lo extravía. Si así le ocurriera le será sencillo retomar el hilo conductor: sólo deberá comenzar nuevamente con la lectura... van apenas unos pocos renglones. Además, confío en compensarlo. Ya saben, en otra oportunidad hemos dicho que pretendemos que estos comentarios permitan a quien los lee pasar un rato ameno, generando una especie de diálogo virtual con quien esto escribe, porque no nos olvidemos: el Derecho es parte de la Vida, pero sólo una parte, nada más.

Volvamos al objeto de la nota. Me apresuro a decir que este elegante modo de describir fisiológicamente la risa no se debe a mi faena intelectual. No, lo leí veintitantos años ha de mi maestro ORTEGA. No me pidan en este momento dónde. Si tuviera que arriesgar diría que teniendo en cuenta el tema debería encontrarlo en *Sobre la expresión fenómeno cósmico*, ensayo filosófico escrito en los '20 del siglo pasado. Agregó una confesión: de muy joven tenía de ORTEGA prejuicios varios, como también los tenía de BORGES. Llegó luego el momento de leerlos y extraer mis propias conclusiones. Si bien me permito seguir teniendo discrepancias -principalmente políticas- con ambos, no puedo menos que decir que he disfrutado mucho de su lectura, muy especialmente de la de ORTEGA. Mi primer contacto con su obra se debió al azar. Ocurrió que practicando el deporte más popular, cortóseme el tendón de Aquiles, de lo que puede fácilmente deducirse que también en mi caso mi madre no llegó a sumergirme por completo en la milagrosa agua, dejándome entonces vulnerable en esta pequeña parte de mi anatomía. Viéndome un tanto aburrido, mi suegro me entregó en donación un ejemplar de un libro que en poco más de mil carillas contiene los ocho tomos de los que consta la obra completa de *El Espectador*, en un marco adecuado a su capital importancia. Desde entonces es para mí, junto con otras obras del autor, de lectura obligada. Después de tan valioso gesto manifestó mi suegro que a su entender había así compensado cualquier deuda que conmigo pudiera eventualmente haber tenido pendiente. Digamos -ya que de donaciones hablamos- que pude así haber aceptado una muy particular donación remuneratoria. Para evitar un tan posible como lamentable mal entendido, ruego a los lectores que conozcan a la hija (es decir a mi cónyuge supérstite) que omitan efectuarle comentarios sobre esta compensación.

² Advierto al pronto que suena en mis oídos la alarma del tiempo transcurrido, pues esa experiencia se acerca ya a los 30 años. No crean que por ello pretenda afirmar yo, en modo alguno, que el mero paso del tiempo nos ha aproximado más a la fuente de la sabiduría, -si es que alguna vez estuvimos cerca-, ni mucho menos.

“puede hacer donaciones”, con dureza dice “1º. Los cónyuges el uno al otro durante el matrimonio...”. Casi todos conocen también que no termina allí la prohibición, pues se extiende a los hijos de uno de los cónyuges que no lo sean del otro, así: “...ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio...”. Pero ocurre que, curiosamente, algunos -no tan pocos- olvidan la última parte del artículo que lleva aún más allá la prohibición en estos términos: “... o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación...”.

Y digo “curiosamente” pues con la *communis opinio* siempre he tenido por cierta y debidamente probada la existencia de esa especie de “rechazo instintivo” o “rivalidad cuasi genética” que existe entre el joven esposo y la madre de su esposa, rivalidad de la que se han servido los humoristas para hacernos reír con los más variados chistes y *sketches*. Pues bien, parece que una de dos: o la rivalidad ha sido exagerada o estas excepciones no hacen más que confirmar la sospecha, pues más de un yerno, por razones psicológicas cuya naturaleza declaro ignorar por completo y que sería útil que algún entendido desentrañara, termina por donarle a su suegra³.

La consulta

Estando todos los otorgantes del acto todavía vivos⁴, dispuestos a subsanar la cuestión y obtener así que el adquirente por boleto pueda convertirse en el nuevo titular del dominio, opina el consultante que nada obstaría a que donantes y donataria otorgaran un nuevo acto en sede notarial, al que califica de “distracto” o de “reconocimiento de invalidez y distracto” y simultáneamente que los ex donantes transmitan el dominio al nuevo adquirente.

³ Me imagino al guapo de la cortada de San Ignacio, incrédulo y anonadado, diciendo: “¡De no creer! ¡Donarle a la suegra! ¿A quién se le pudo ocurrir? ¡Tráiganme al gil!”.

⁴ Podría haber dicho “presentes”, continuando con los eufemismos usuales. Ya los conocemos: vienen nuestros clientes y nos consultan sobre qué documentos podrían otorgar para que sus hijos no tengan inconvenientes “si algo les pasara”. Ocurre que ese “algo” es nada menos que su muerte, a la cual le tenemos tanto respeto y temor (y lo bien que hacemos) que ni siquiera nos atrevemos a nombrarla. Hace poco tiempo, estando con la notaria y amiga Zulma Dodda en la delegación Dolores de nuestro Colegio, compartiendo una charla sobre poderes irrevocables y otras yerbas, hablando del tema a propósito de la vigencia *post mortem*, vinieron a mi mente las primeras líneas de *El amor en los tiempos del cólera*, que compartí con los colegas asistentes, donde el gran Gabo alude así elegantemente a la muerte de mano propia: “Era inevitable: el olor de las almendras amargas le recordaba siempre el destino de los amores contrariados. El doctor Juvenal Urbino lo percibió desde que entró en la casa todavía en penumbras, adonde había acudido de urgencia a ocuparse de un caso que para él había dejado de ser urgente desde hacía muchos años. El refugiado antillano Jeremiah de Saint-Amour, inválido de guerra, fotógrafo de niños y su adversario de ajedrez más compasivo, se había puesto a salvo de los tormentos de la memoria con un sahumero de cianuro de oro”.

Doctrina

Luego de fundar brevemente su postura, ante el posible rechazo por parte del Registro de la Propiedad, solicita nuestra opinión.

Antes del dictamen

Como adelantamos, este tema jurídico nos persigue desde hace algún tiempo y ya nos hemos ocupado de él. Bajo el título *La simulación de un contrato y la declaración posterior de las partes -en sede notarial- manifestando la circunstancia. Sine ira et studio*⁵ nos preguntábamos: **“¿es jurídicamente posible que las partes declaren ante un notario, con posterioridad a la celebración de un acto, que el mismo fue simulado, o deberán necesariamente entablar una acción judicial para que su Señoría ordene que la apariencia vuelva a reflejar la verdad?”**.

También dijimos allí que **“Declarando o aclarando entonces la circunstancia, desaparecería -en el caso de que la simulación hubiera sido absoluta- lo único real que ese engaño había producido en el mundo jurídico: la apariencia de un contrato concluido y su lógica consecuencia: un ‘título’ ”**.

En rigor el tema lo habíamos dejado planteado ya un tiempo antes, a propósito de un artículo del escribano OSVALDO SOLARI publicado en Revista del Notariado⁶. Allí nuestro prestigioso colega, luego de afirmar -frente a nuestra opinión en contrario- que la rescisión es posible aun en los contratos ya concluidos por entender que el artículo 1200 del Código Civil no distingue, citó a las compraventas simuladas como contratos en los cuales su falta de perfeccionamiento daría pie -entonces sin discusión posible- al distracto. Decía él: **“Reiteramos que por ser simulada (la compraventa) no hubo entrega de posesión, por lo que existe el ‘título’ pero falta el ‘modo’. Siendo así estamos en presencia de un contrato no concluido y ya no se puede discutir la procedencia de la rescisión”**.

Al punto contestamos que **no creíamos que en el caso sólo faltara el “modo” sino mucho más: faltaba en rigor todo pues no había habido nada, sino sólo la apariencia de algo que no fue**. No entendíamos entonces cómo podrían las partes recurrir al instituto de la rescisión. Una compraventa simulada no puede ser considerada un contrato no concluido sino sólo la apariencia de un contrato. Agregamos que **con algún esfuerzo podíamos entender que no se compartiera aquello de que no puede rescindirse lo que “ya fue”, pero que nos resultaba sorprendente que pudiera rescindirse lo que “nunca fue”**.

⁵ REVISTA NOTARIAL N° 929, págs. 21 a 38.

⁶ Revista del Notariado N° 841, pág. 197.

Ahora bien, cuando el borrador de *La simulación de un contrato...* estaba ya casi listo, nos encontramos con un dictamen de la comisión asesora de consultas jurídicas de nuestro más próximo y vecino Colegio de Escribanos, en el que si bien el dictaminante abordaba el tema que nos ocupa en términos generales, las conclusiones a las que arribó nos fueron útiles para reestructurar lo hecho. Se trataba de una consulta acerca de una escritura "aclaratoria" de otra que había sido de donación, aparentemente simulada, lo que a mi juicio no podía así entenderse. Tema aparte era el que los que exteriorizaron la simulación de la donación aparentemente otorgada eran a la fecha cónyuges, circunstancia que nos llevaba a detenernos en el tema pues el régimen patrimonial matrimonial, tal como está hoy regulado por nuestro Código Civil, es de orden público. No vale la pena seguir con las particularidades de ese caso, sin perjuicio de remitir a los curiosos a la lectura del artículo citado. Sí, que el dictaminante sostuvo allí, entre otras cosas, estas conclusiones:

"1) *La conducta de las partes posterior al acto de enajenación no puede, por sí sola, importar la negación de la existencia y validez de aquél.*

2) *Los títulos en que se fundan los actos de disposición no son susceptibles de ser desconocidos o modificados por el arbitrio de parte.*

3) *Los actos jurídicos viciados de simulación son anulables; por tanto, conforme con lo dispuesto por el art. 1046 del Código Civil, se los reputa válidos mientras no fuesen anulados por sentencia..."*

Dejando de lado que para nuestra opinión no se trataba precisamente de una simulación, vayamos al dictamen. Luego de negar a las partes la posibilidad en general de efectuar una declaración posterior sobre la simulación de un acto, tal como reza en general la primera conclusión recién transcrita, el dictaminante dice: **"... Cuando la simulación es lícita las partes tienen expedito el camino para ejercer la acción que autoriza el art. 959 ... también pudieron entonces recurrir al distracto contemplado en el art. 1200 del mismo código si ésa hubiera sido su voluntad, restableciendo, de tal modo, la verdad material..."**

Por ello dijimos que nos resultaba muy interesante que se les negara a las partes la posibilidad de declarar la simulación, se les dijera que el acto se reputaría válido hasta su anulación judicial, para afirmar por último que pudieron recurrir al distracto para "restablecer la verdad material".

Y nos preguntábamos **"¿En qué quedamos? ¿Pueden o no pueden efectuar esta declaración? Si primero se les niega la posibilidad, no puede afirmarse a continuación que pudieron recurrir al distracto para 'restablecer la verdad material'. Acaso, 'restablecer la verdad material' no es -ante todo- afirmar que el acto sobre el que el distracto incidirá fue simulado? Acaso también no es el distracto -para el propio dictami-**

Doctrina

nante y para todos aquellos que lo utilizan para supuestamente 'perfeccionar' títulos emanados de donaciones a extraños- el remedio y la forma indicada para 'arrepentirse' de haber celebrado una donación? **¿Habrá que entender acaso que no pueden declarar la simulación in modo recto, pero sí pueden hacerlo in modo oblicuo? Es decir que no pueden declarar derechamente que el acto fue simulado, pero sí pueden 'arrepentirse' de haberlo celebrado. Si ello fuera así, arrepentirse de haber simulado ¿no significa acaso declarar que simularon? Cualquier teólogo me diría aquí que la diferencia parece ser de índole religiosa. Para no involucrar a DIOS en estos problemas menores, dejemos aquí la cuestión. Por otra parte, de hacerlo nos apartaríamos de nuestro sencillo y fructífero pacto: ÉL no opina de derecho y yo no hago milagros".**

Citados estos antecedentes y nuestros interrogantes primeros sobre la declaración de nulidad en sede notarial en el caso particular de una simulación, volvamos a la consulta, en la que no estamos frente a un acto simulado sino ante una donación prohibida.

Análisis de la cuestión

Como acabamos de decir, el caso nos sitúa frente a un acto nulo, de nulidad absoluta y, casi seguramente, también manifiesta, pues el parentesco debe surgir de los datos personales brindados por las partes y hechos constar por el notario en la comparecencia.

Ya recordamos qué es la nulidad. Veamos ahora que dice la ley: **"La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada"** (art. 1038 C.C.).

La doctrina ha sido clara al interpretar esta norma. En un pequeño estudio posterior, que compartimos con mi amigo y colega LUIS R. LLORENS⁷, en el que comentamos un fallo de la sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, citamos al Dr. LLAMBÍAS. Dice el maestro: **"... la ley puede por sí misma, y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto vedado, lo que ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie"**⁸.

⁷ A propósito de la prohibición de donar a los hijos del cónyuge... REVISTA NOTARIAL N° 935, págs. 117 a 123. Este artículo también fue publicado como Separata para la XXVI Feria Internacional de Buenos Aires, El Libro - del Autor al Lector.

⁸ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, II, N° 1888. Editorial Perrot, 1964.

Doctrina

Agrega que "... el acto nulo es invalidado directamente por la ley misma, que lo tiene por tal aunque su nulidad no haya sido juzgada... La sentencia de nulidad nada innova; no acuerda derechos ni los quita. **El aniquilamiento de las consecuencias materiales derivadas del acto nulo no deberá imputarse a la sentencia, que es sólo declarativa de algo preexistente, sino a la ley misma...** Con todo, en el orden de los hechos, **la sentencia de nulidad es ineludible si se quiere borrar aquellas consecuencias y la otra parte no se aviene a ello**"⁹.

Estas y otras consideraciones nos llevaron a formular estos interrogantes:

a) ¿Es necesario el desacuerdo entre las partes para que exista un fallo? La cuestión tiene su importancia porque a diario nos encontramos con que las partes solicitan la homologación del órgano jurisdiccional para dar a ciertos negocios jurídicos que nada tienen de litigiosos una "seguridad" extra, como medio de dar al contrato la fuerza de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, lo que expresamente prohíben los arts. 116 y 117 de nuestra Constitución Nacional.

b) ¿Pueden las partes declarar por sí y ante sí la nulidad de una escritura de donación que la ley ha prohibido?

En el fallo citado la sentencia afirmó que las partes no podían pronunciar la invalidez por sí y ante sí, ni siquiera por escritura pública, por ser de incumbencia del órgano jurisdiccional. Sin embargo la Cámara no fundamentó este aserto en norma alguna.

Deberíamos decir también que **no interesa -a nuestro juicio- si se trata de un acto nulo o de un acto anulable**. Sin entrar en el complejo tema de la clasificación de las nulidades, recordemos que esta distinción proviene del derecho romano. Pero sí citar una afirmación que, desde ya, compartimos: dice con acierto MARCELO FALBO¹⁰ que en nuestro Código Civil el sistema de las nulidades puede funcionar armónica y efectivamente "*con prescindencia de esas categorías, y sólo apoyados en la clasificación de real trascendencia: la de las nulidades absoluta y relativa*"¹¹.

FALBO observa que en principio "*se caracteriza a la nulidad de pleno derecho, como aquella que niega efectos al acto nulo aunque su nulidad no haya sido juzgada. En cambio el acto anulable no se considerará nulo hasta que lo declare la autoridad judicial, reputándose válido hasta entonces ...*

⁹ Ídem. Ob. cit. N° 2004.

¹⁰ FALBO, Marcelo N. *Hacia una depuración de la teoría de las nulidades*. REVISTA NOTARIAL N° 942, pág. 325 y ss.

¹¹ Ídem. Op. cit., pág. 359.

Doctrina

Puede ocurrir también que ambas personas coincidan en reputar nulo el negocio, retrotrayendo sus efectos, **sin intervención judicial** ... En sí esta negación de efectos al acto sin intervención judicial no surge de la ley, sino de un civilizado entendimiento entre los intervinientes. Por ello, **en caso de desacuerdo entre las partes sobre el carácter nulo del contrato, necesariamente deberá recurrirse a los estrados judiciales**¹².

Parece entonces evidente que no es necesario un pronunciamiento judicial si las partes están de acuerdo en reconocer la nulidad del acto. Recordemos la cita de LLAMBÍAS: "Con todo, en el orden de los hechos, **la sentencia de nulidad es ineludible si se quiere borrar aquellas consecuencias y la otra parte no se aviene a ello**".

Hablamos antes de la simulación. Veamos lo que ocurre en esa materia. El artículo 959 del Código Civil, en su redacción originaria, disponía: "Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna **el uno contra el otro** sobre la simulación".

Como ya hemos dicho en el trabajo citado (*La simulación de un contrato...*), "...nuestro codificador cita en este capítulo la obra de CHARDON *Traité du dol et de fraude, en matière civile et commerciale*. Como señala CÁMARA el autor francés parte de la premisa de que las partes pueden accionar por simulación ilícita, siempre que no traten de exigirse el cumplimiento de lo realmente pactado, es decir la ejecución del plan ilícito. Así restringe los alcances de la posición más tradicional que niega en toda circunstancia acción a quienes simularon un negocio para un fin contrario a la ley o en perjuicio de un tercero, y también de la inversa que admite siempre la acción.

Pero lo cierto es que la redacción transcripta del artículo en cuestión era exponente de la tesis que niega en todo caso la posibilidad de accionar. Distintos autores, entre los que se contaba CÁMARA, mostraron que la disposición iba más allá de su fuente, pues si bien era razonable que la ley negara a los simuladores acción para consumar el proceso y lograr su fin contrario a la ley, no era lógico que también les negara el ejercicio de la acción que tendiera a dejar sin efecto el acto ilícito. Así lo reconoció la jurisprudencia en determinados casos. Luego, la ley 17.711 agregó al artículo un párrafo que deja a salvo el caso de que 'la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación'. Así se reconoció el acierto de los aportes doctrinarios, especial-

¹² Ídem. Op. cit., pág. 376.

mente el de BIBILONI quien en su anteproyecto ya había propuesto agregar al artículo que las partes 'Podrán sin embargo pedir la declaración de nulidad del acto simulado y la repetición de los bienes entregados a la otra parte o que ésta hubiere adquirido en virtud de él'.

Como vemos la ley permite ahora el ejercicio de la acción en las circunstancias previstas -dejar sin efecto el acto simulado y no obtención de beneficios por la anulación-. Me dirán los críticos que ello es así pero que la ley habla de 'acción' y de 'anulación' y que por lo tanto la intervención judicial es imprescindible. Creo que no se advierte que la ley nos habla de '**el uno contra el otro**'; resulta claro que parte de una hipótesis de conflicto de intereses. Nada dice de la posibilidad de que las partes estén de acuerdo y hace muy bien porque no creo que necesite decir lo obvio: ¿para qué poner en marcha la maquinaria judicial si no existe ese conflicto?

Claro que esos críticos agregarán que el notario ante quien la declaración se efectúe no puede saber o conocer que las partes podrían estar obteniendo alguno de esos beneficios a los que la ley se refiere o perjudicando a algún tercero. Es cierto, pero la intervención de S.S. tampoco podrá asegurar que ello no suceda. Pero lo que ocurre es que todo ello es harina de otro costal y otras normas se ocupan del problema".

Parece inevitable concluir en que lo que se impide a las partes es accionar entre ellos en caso de una simulación ilícita, pero no acordar con el objeto de que "las cosas vuelvan a su lugar", si se me permite la vulgaridad.

Volviendo al caso planteado, nótese asimismo que el propio Registro de la Propiedad debió negarse a inscribir el documento del que nos habla la consulta, pues así se lo impone la ley. Veamos: luego de que el artículo 8º de la ley 17.801 dice: "El registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los sistemas respectivos", el artículo siguiente le impone "... a) **Rechazará los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta**".

En la nota a la última de las citas de FALBO, individualizada con el número 40, se dice: "**No obstante, debe admitirse que hay circunstancias en que la gravedad del vicio y su ostensibilidad admiten la negación de efectos al pretendido negocio, sin recurrir a los estrados judiciales, y con el respaldo...**" y cita como ejemplo el recién mencionado artículo 9º inciso a) de la ley 17.801.

A estos razonamientos se nos podrá oponer el texto del artículo 1046 del Código Civil que dice que "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sen-

Doctrina

tencia que los anulase". A ello contestamos que cuando esta norma dice lo que dice, no hace más que aplicar la lógica consecuencia jurídica a esta categoría de actos que han nacido con un defecto o con una falla que, en cada caso, se presenta con características propias y que, por lo tanto, su invalidez debe ser apreciada en forma particular, pero nada dice de situaciones como de las que aquí se trata, en donde todos los que intervinieron en el acto manifiestan que es nulo.

Como también ya dijimos, imaginemos que el notario a quien se le requiere la instrumentación de esta declaración, se negara a ello y recomendara a las partes recurrir a los estrados judiciales para obtener una solución a su problema. ¿Qué hará el Juez? Pues bien, no se me ocurre otra cosa que una de estas dos posibilidades: la primera, que se niegue a intervenir por entender que no hay conflicto alguno que resolver y que justamente por ello indique que deben utilizar "la vía que corresponda" (otorgar la escritura que sugerimos); la segunda, que luego de escuchar el relato de lo acontecido y acompañados los certificados que acrediten la libre disponibilidad del bien, acoja favorablemente la petición y ordene al registro de la propiedad que corresponda que la apariencia de las cosas en sus asientos coincida nuevamente con la realidad jurídica.

¿Qué otra cosa podría hacer? ¿Qué más podría necesitar S.S. en el segundo supuesto? ¿Cuál otra prueba que la de sus dichos (si se tratara de una simulación) o la verificación de nulidad absoluta (de tratarse de una donación prohibida) les exigiría?

¿Para qué entonces recurrir a la justicia? La Corte ha sostenido que la existencia de un caso, de una controversia judicial que debe resolverse, es un presupuesto de la jurisdicción. Debe entonces necesariamente existir un desacuerdo entre las partes, lo que no ocurre en los supuestos que tratamos. De ser ello así no encontramos razón alguna para que la solución propuesta sea aceptada. Tengo a la vista un fallo inédito del departamento judicial local (Morón) que trae un poco más de agua a nuestro molino. Veamos. Los padres de una menor se presentaron en esos estrados, con el fin de obtener la emancipación de su hija por habilitación de edad. Sin perjuicio de los argumentos que se vierten en la sentencia y que llevaron al rechazo de la pretensión y que merecerán algún futuro comentario, dice S.S.: "... Queda en claro que ya sea mediante escritura o algún otro instrumento público que pudiera prevalecer en el futuro, **se trata de actos voluntarios, ajenos a toda contienda** y que por ello pueden instrumentarse en la forma que se legisló

... que en el caso en examen **no media cuestión litigiosa dirimible, ni se advierte supuesto que merezca declaración alguna de la jurisdicción...**" (expediente 11.129, autos "F.F.G. s/Emancipación")*.

Nos preguntarán qué ocurrirá con el fisco. Pues bien, si se trata de una donación prohibida, el registro anulará el asiento correspondiente y volverá la matrícula a mostrar el anterior o lo confeccionará si hubiera estado en folio protocolizado; si en cambio la nulidad proviniera de la simulación de un acto oneroso, ocurrirá algo similar al caso en el que el adquirente de un inmueble omite declarar en la misma escritura que realiza la compra en gestión de negocios para otro: habrá que tributar nuevamente. Damos este ejemplo pues somos de aquellos que creemos que -tomando las precauciones debidas- la omisión puede subsanarse por otra escritura. Claro que de efectuarse la aclaración, el acto tributará los impuestos que correspondan como si se tratara de una nueva venta y está muy bien que así sea, pues se trata del fisco, a quien como buen tesorero no deben importarle estas cuestiones y con razón dirá: "Estimado contribuyente, desde ya que creemos en su omisión y es más, vuelva a tributar que se lo pondremos por escrito".

Con respecto al Registro de la Propiedad de nuestra provincia, podríamos todavía agregar algo más: nos consta que ha aceptado en muchas oportunidades -inscribiéndolos- supuestos "distractos" de donaciones prohibidas, con lo cual reiteramos la pregunta que al comienzo nos hicimos: ¿Habrá que entender acaso que las partes no pueden declarar la nulidad *in modo recto*, pero sí pueden hacerlo *in modo oblicuo*? Estaríamos entonces frente a esta conclusión: no podrían declarar derechamente que el acto es nulo, pero sí "arrepentirse" de haberlo celebrado. Realmente no encontraríamos justificativo.

Con respecto a los derechos que eventualmente pudieran haber adquirido terceros y la posible existencia de medidas cautelares trabadas sobre el bien o que afecten personalmente a los otorgantes, algo agregaremos en lo que sigue.

Como en otras oportunidades hemos dicho, no debemos esperar conclusiones terminantes o fáciles enseñanzas en el accidentado camino del derecho.

El objeto de este estudio, como lo fue el de los trabajos ya citados, es contestar el interrogante inicial, pero formulado ahora en términos generales, es decir no referido a casos particulares (simulación o donación prohibida): **¿Es jurídicamente posible que las partes declaren ante un nota-**

* N. de R.: tanto el fallo, como el comentario al que se refiere el autor, fueron publicados en REVISTA NOTARIAL N° 947, pág. 237.

rio, con posterioridad a la celebración de un acto, que el mismo es nulo, o deberán necesariamente entablar una acción judicial para que su Señoría ordene que la apariencia vuelva a reflejar la verdad?

Dictamen

Luego de haber realizado ese análisis, creemos estar en condiciones de afirmar que:

1) La declaración posterior de las partes en sede notarial acerca de la nulidad de un contrato es lógicamente posible, jurídicamente válida y resultará plenamente eficaz.

2) Esta solución resulta rápida, económica y simple.

3) Deberá el notario obrar con la acostumbrada y debida prudencia. Tratándose de un acto nulo de nulidad manifiesta como el del caso en consulta (donación prohibida) solicitará los correspondientes informes de dominio y anotaciones personales; en el caso de que el objeto de la declaración fuera un contrato simulado, entendemos que deberá contar con certificados.

4) En ningún caso el acto podrá afectar los derechos que terceros pudieran haber adquirido, sin previa resolución judicial, lo que aquí sí nos parece insoslayable y resulta del límite natural de la retroactividad acordada¹³. Asimismo, la sola existencia de medidas cautelares impedirá el otorgamiento sin orden judicial.

No nos queda sino confiar en que las autoridades del Registro de la Propiedad de nuestra provincia, siempre predisuestas a encontrar soluciones adecuadas a los requerimientos de nuestros comunes destinatarios, sin abandonar la legalidad y la búsqueda del interés común, concuerden en lo doctrinario con nuestro análisis y, de ser necesario, dicten la norma que nos permita recurrir a esta vía para subsanar estos actos viciados de nulidad.

¹³ Sobre el particular, aunque referido a la rescisión, sugiero una rápida lectura de las conclusiones de *El distracto. Medio inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación*. Fundación Editora Notarial, FEN. Segunda edición, 2002.